

La vida como daño: un acercamiento a la acción de *Wrongful Birth* y su recorrido hasta el ordenamiento jurídico colombiano

Autor: Alejandro León Sierra

Resumen: Este artículo examina la acción de *wrongful birth* desde sus orígenes en el derecho estadounidense, evolucionando tardíamente en el derecho continental europeo, hasta finalmente encontrarse, en la actualidad, en sus orígenes en Latinoamérica y específicamente, en Colombia. Este trabajo analiza la posibilidad de aplicación de esta acción en el ordenamiento jurídico colombiano, con el fin de indemnizar el daño producido por un nacimiento, en razón a una falla en el servicio médico y bajo los condicionales de *wrongful birth*.

Palabras clave: Wrongful birth, wrongful life, aborto, malformaciones, indemnización de perjuicios, daño.

Abstract: This article examines the *wrongful birth* action, from it's origins in United States' law, evolving lately into Europe's continental law, until, finally, nowadays, we are asisting to it's birth in Latin America, most specifically, in Colombia. This work analyzes the posibility of implementing this action in Colombia's legal system, pursuing the indemnization for the harm and damages produced by a birth, because of a medical failure, according to the *wrongful birth* hypotheses.

Keywords: Wrongful birth, wrongful life, abortion, malformation, compensation of damages, damage.

Introducción, *wrongful birth* es una acción jurídica, con orígenes en el derecho consuetudinario de los países del *common law*, cuya aplicación se ha extendido hasta los países del derecho napoleónico como Colombia, pero que, debido a la complejidad del tema y a las barreras culturales propias de nuestro continente, aún es un tema incipiente en el ordenamiento jurídico y en las decisiones judiciales.

Para empezar a tener una idea de lo que se trata en este artículo, es conveniente conocer que la traducción al español del término *wrongful birth* es literalmente nacimiento ilícito¹.

La acción de *wrongful birth* es inherente al derecho de las personas, propia del derecho civil, por medio de la cual, los padres de una persona que nació con deformidades, problemas o deficiencias físicas y/o mentales, instauran una demanda civil en contra del médico o la entidad que falló en advertir de forma adecuada sobre el riesgo de concebir o dar a luz a una persona con serias anomalías genéticas o congénitas.

Es definida como “*La reclamación de responsabilidad que interponen uno o ambos progenitores, en la que solicitan la reparación de un daño consistente en la privación de la facultad de decisión, así como en los gastos unidos al nacimiento del niño*” (Macía Morillo, 2005, pág. 80).

En este artículo se aclarará el concepto de *wrongful birth*, se comparará brevemente su historia y desarrollo en los países pioneros en el tema, para concluir con el análisis de la posibilidad de aplicación de esta figura jurídica en Colombia.

Wrongful birth es descrito por la autora Aitziber Emaldi Cirión, como una acción en la que los demandantes (los padres del niño) reclaman al médico por no detectar la enfermedad que

¹ Google Traductor.

afectaba al feto y tampoco les propuso someterse a las pruebas que permitieran dar un diagnóstico oportuno. (Emaldi Ciri3n, 2001, p3g. 1605)

Ahora, es conveniente, en aras de definir la acci3n de *wrongful birth*, tener en cuenta la interpretaci3n del autor Robert Roth, quien se3ala que:

La acci3n de Wrongful Birth es la interpuesta por los padres del ni3o nacido con defectos gen3ticos y donde un m3dico o t3cnico, por ejemplo, falla en dictaminar, ejecutar o interpretar adecuadamente las pruebas que se practicaron durante el per3odo de gestaci3n y que podr3an haber expuesto la presencia del defecto, otorgando al m3dico las herramientas para alertar a los padres de su presencia². (Roth, 2007, p3g. 264)

La autora Mar3a Nieves Pacheco define la acci3n de Wrongful Life como la demanda que interpone el hijo que ha nacido con padecimientos o malformaciones de car3cter cong3nito, a nombre propio o a trav3s de sus representantes legales, en contra del m3dico, alegando la indemnizaci3n por el da3o en que consiste el s3lo hecho de estar vivo. (Pacheco Jim3nez M. N., 2012)

Teniendo en cuenta la legislaci3n colombiana y del derecho humanitario, esta es la mayor muestra de *la protecci3n al derecho a la salud para la totalidad de los agentes involucrados, pues se reconocen los derechos del no nacido como sujeto que goza de la garant3a del derecho*

² “The claim of “wrongful birth” is advanced by the parents of a child born with genetic defects wherein a or technician, for example, failed to order, carry out, or interpret appropriate tests during the pregnancy that would have disclosed the presence of the defect, allowing the physician or technician to inform the parents of its presence”.

fundamental a la salud, aplicando en toda su extensión la cobertura de la garantía de la protección al derecho fundamental a la salud. (Senado de la República de Colombia, 20015)

De igual manera se garantiza la protección de los derechos del no nacido y su inclusión al *Sistema Universal de Protección, cuya protección se encuentra en cabeza de la Organización Mundial de la Salud* (Organización Mundial de la Salud , 1948) y se incluye también como *ser humano protegido, de acuerdo a la declaración Universal de Derechos Humanos* (Naciones Unidas, 1946). *Los derechos del no nacido se reconocen y reafirman con la acción de wrongful birth, a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual reconoce el derecho que tienen todos los seres humanos a gozar del nivel más alto de salud mental y física* (Naciones Unidas, 1966).

El daño por lesión al derecho a no nacer fue abordado por Andrea Macía Morillo, de cuya argumentación se interpreta, sobre esta teoría, *que todas las personas tienen el derecho a no nacer, que dicho derecho nace en eventos en los que el bebé que está por nacer sufre de malformaciones, discapacidades o enfermedades que harán de su futura vida un sufrimiento.* (Macía Morillo, Andrea, 2003, pág. 47)

Del actuar negligente del profesional de la salud se deriva la transgresión al derecho que tienen los padres de interrumpir el embarazo, lo cual perjudica al menor, quien debe ser reparado.

Antes de continuar, debe aclararse que, al tratarse de clasificar la vida como un daño, la discusión sobre el tema tiene un alto contenido ético y en especial de ética médica, *la disciplina que se ocupa de estudiar los actos médicos y los califica desde la perspectiva moral.* (Etica medica, 2017)

También es importante hacer una distinción entre las acciones de *Wrongful birth* y las acciones de *wrongful life*, toda vez que, si bien son acciones tendientes a la reparación por la falla en el servicio de salud, al no prevenir en forma apropiada sobre los riesgos del nacimiento del menor, en el caso de *wrongful life* son los mismos niños nacidos con deficiencias quienes interponen la acción en contra de los profesionales de la salud (aunque generalmente son sus padres los que demandan en su nombre y representación). Y en los casos de acciones de *wrongful birth*, son los padres quienes a nombre propio interponen la demanda. Parafraseando a la autora María Nieves Pacheco Jiménez en el libro de construcción doctrinal *El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico*, las similitudes existentes entre ambas acciones son evidentes, hasta el punto en que la única diferencia existente radica en el autor: En los casos de *wrongful life* es el mismo hijo, el que inicia el proceso en contra del médico negligente en el diagnóstico, invocando su derecho a no haber nacido. (Pacheco Jiménez M. N., 2012, pág. 1809)

La acción busca la reparación por los perjuicios causados, que se derivaron de los diagnósticos equivocados de embarazos en los que se anuncia que el feto goza de perfecta salud y está en buenas condiciones, pero, al nacer se evidencia que padece de un retardo, deficiencia mental o algún grado de discapacidad física. Los perjuicios económicos y morales que se reclamen tienen fundamento en la negligencia médica que impidió tener la información que permitiera tomar la decisión de abortar.

Cabe resaltar que la acción de *wrongful birth* guarda una estrecha relación con la regulación del aborto y parte del presupuesto legal que permite la posibilidad de interrumpir el embarazo como requisito *sine qua non*. Esto, bajo el entendimiento de que el aborto en este caso se manifiesta como una oportunidad y no constituye en este caso únicamente la privación de una vida “errónea”,

indeseada o injustificada, sino la ocasión de evitar la materialización de un diagnóstico negativo, o la posibilidad de combatir o curar una enfermedad, o conocer con suficiente tiempo sobre la enfermedad para lidiar de la forma más indicada con los síntomas y efectos, o en el peor de los casos, prepararse psicológica y económicamente para recibir y convivir con un menor en circunstancias de vida que afectarán la vida de toda la familia.

La medicina basada en la evidencia (MBE), ha sido una herramienta fundamental para la aplicación de la acción de wrongful birth, pues el conocimiento científico obtenido se combina con la experiencia de profesionales para abordar las problemáticas y tomar decisiones (Evidence-Based Medicine Working Group, 1992).

La MBE se basa en cuatro pasos: i) Identificar el problema y formular una pregunta. ii) Búsqueda bibliográfica de la mejor evidencia disponible. iii) Evaluación del material disponible. iv) Conclusiones de la evaluación e impacto de decisiones (Crocker, 2000).

Es así como se demuestra con hechos de enfermedades congénitas sufridas en el pasado por pacientes sin posibilidades de recuperación y con una calidad de vida muy baja o nula, la procedencia y conducencia de la acción wrongful birth.

En concreto, la acción de *wrongful birth* es polémica al hacer referencia al hecho del nacimiento como un perjuicio, teniendo en cuenta que si se hubiera realizado un diagnóstico médico correcto, la mujer en estado de embarazo habría podido tomar la decisión de abortar, en cambio, debe soportar la carga de criar a un menor con discapacidades, con todas las obligaciones y cuidados que esto conlleva, por lo que su vida no podrá desarrollarse con normalidad bajo esas circunstancias.

Así pues, la acción de *wrongful birth* puede instaurarse en los casos en que: a) El médico entrega un falso negativo como diagnóstico ante la consulta sobre un posible embarazo de una pareja que

planea tener hijos; b) En el caso en que el médico no entregue la información u omita llevar a cabo un tratamiento destinado a conocer el estado genético de una pareja; c) Cuando una mujer embarazada consulte sobre la salud de su hijo y reciba como diagnóstico un falso negativo; d) El médico es negligente al realizar una actividad que tenga por objeto poner fin al embarazo, cuando se conoce la situación de discapacidad o malformación en el *nasciturus*; e) En caso de que el galeno se niegue o no realice el tratamiento para interrumpir el embarazo cuando se conoce la situación de discapacidad o malformación en el *nasciturus*.

La primera demanda de *wrongful birth* tuvo lugar en los Estados Unidos en el año de 1967, en el caso *Gleitman vs. Cosgrove*, donde una mujer en estado de embarazo contrajo rubeola, lo que originó malformaciones en el feto, sin embargo la madre no fue debidamente informada y se le manifestó que la enfermedad no tendría consecuencias para el bebé.

La Corte de Nueva Jersey rechazó la demanda argumentando que, dentro de la lógica, no es comparable la enfermedad con el vacío que genera la muerte o la insubsistencia del bebé. También estimó que aunque existía la posibilidad de calcular el daño, el mismo era materia de orden público por razones sustanciales políticas como la salvaguarda del bien jurídico de la vida. Finalmente, la reclamación fue desestimada por el juez, en razón a la complejidad para *tasar el perjuicio, quien se manifestó sobre la imposibilidad de medir los daños al ser madre y padre de un niño con defectos* (Harvard Law Review Association, 1984) y complementó diciendo que *el daño que se alega no se puede comparar jamás con lo precioso de la vida humana* (Donovan, 1984, pág. 65).

En el año 1975, por medio de dos fallos hito, relativos a los casos *Dumer vs. St. Michael's Hospital* y *Jacobs vs. Theimer*, se cambió la tendencia de las Cortes acerca del tema.

El caso *Dumer vs. St. Michael's Hospital*, fue recibido por la Corte del estado de Wisconsin, la cual conoce sobre la demanda de *wrongful birth* instaurada por una madre que se contagió de

rubéola cuando estaba en estado de embarazo, en contra de su médico, por fallo en el servicio al no diagnosticar la enfermedad, por lo que se vio privada de la posibilidad de abortar. En este caso la Corte falló a favor de la demandante y condenó a pagar los tratamientos necesarios por el padecimiento del menor.

En el segundo caso, *Jacobs vs. Theimer*, la Corte Suprema de Texas recibió la demanda interpuesta por la pareja Jacobs contra su médico, por negligencia al no diagnosticar la enfermedad y no advertir sobre el peligro para el feto. La parte demandante arguye que el demandado actuó de forma negligente, dado que cuando llegó la señora Jacobs para ser atendida por la enfermedad, manifestó estar en estado de gestación, además, al consultar si el diagnóstico de la enfermedad correspondía a sarampión, recibió un falso positivo como respuesta, lo que llevó a la madre a la pérdida de la oportunidad para abortar.

Ante esto, la Corte decidió que el Dr. Thiemer tenía *la obligación de revelar fundadamente el diagnóstico al igual que el riesgo que conllevaría el tratamiento que se proponía para continuar el embarazo, pues ese habría sido el actuar razonable de un médico bajo esas condiciones.*

Así mismo, la Corte estableció como nexos causales la negligencia en el deber de informar del galeno y la voluntad de abortar de los demandantes en caso de haber sido informados en debida forma.

Sobre el daño, frente al argumento señalado en el caso *Gleitman v. Cosgrove*, la Corte de Texas dispuso que *los gastos económicos en los que se incurrió debido a los defectos del menor constituyen un asunto diferente, el cual está libre de la objeción anterior* y que es imposible justificar una política que prive a los padres de la información con la que podrían tomar la decisión de interrumpir el embarazo por las altas probabilidades de nacer con malformaciones, dicha política implicaría que el embrión defectuoso sea llevado hasta que el nacimiento del niño

*enfermo, y una política contraria al pago de una indemnización de los costos del tratamiento de la salud del niño*³ (Gleitman v. Cosgrove, 1975).

Posterior a estos fallos, las acciones interpuestas por *wrongful birth* fueron aceptadas en los tribunales de aquellos estados, tendencia que se extendió a otros estados de forma más generalizada.

Como fundamentos de estas últimas dos sentencias, y del desarrollo de estas figuras en Estados Unidos, se presentan dos pilares. Por un lado, el famoso caso *Roe vs. Wade*, que significó la *legalización del aborto*, y por otro lado, *el refinamiento y la expansión de la amniocentesis y otros exámenes que pueden detectar cualquier desorden genético o anomalía congénita antes de nacer* (Donovan, 1984).

El caso *Roe vs Wade* fue conocido por la Corte Suprema de Estados Unidos, en él, Norma McCorvey, una mujer joven y de recursos económicos insuficientes, soltera y en estado de embarazo, con la intención de practicarse un aborto, sin embargo, las leyes se lo impedían.

La Corte, en su fallo, estableció que el derecho constitucional a la privacidad es “*suficientemente amplio para abarcar la decisión de una mujer de terminar o no con su embarazo*”, legalizando así el aborto y aboliendo las leyes existentes.

El caso *Roe vs. Wade* estableció tres cosas. En primer lugar, ratifica el derecho constitucional de la mujer embarazada a su autonomía procreativa, y declaró que los estados no tienen el poder de prohibir el aborto en cualquier sentido que lo desee. En segundo lugar, reconoce a los estados su legítimo interés en regular el aborto. En tercer lugar, armonizó ese derecho y ese interés: declarando que los estados no pueden prohibir el aborto por ninguna razón durante el primer

³ It is impossible for us to justify a policy which at once deprives the parents of information by which they could elect to terminate the pregnancy likely to produce a child with defective body, a policy which in effect requires that the deficient embryo be carried to full gestation until the deficient child is born, and which policy then denies recovery from the tortfeasor of costs of treating and caring for the defects of the child.

trimestre de gestación, y que sólo se podrá regular el aborto durante el segundo trimestre en consideración a la salud de la madre y, que el aborto será ilegal durante el tercer trimestre del embarazo, el feto ya se ha transformado en un individuo viable. (Dworkin, 1993, pág. 219)

En 1979, en el caso *Bernan vs. Alian*, se rompe el criterio de *Gleitman vs Cosgrove*, cuando el tribunal señaló que "la política pública apoyada ahora", es el admitir la decisión de la madre gestante.

En *Phillips vs Estados Unidos*, en el año 1981 se deslegitima el criterio que dice que no se puede tasar el menoscabo en las acciones de *wrongful birth*, indicando que el argumento es una política disfrazada en contra de la autonomía reproductiva que ha perdido vigencia.

Luego, en 1983, el fallo *Haberson vs. Parke-Devis* estableció cuales deben ser *los estándares de diagnóstico y la asesoría adecuados para mujeres en riesgo de tener un bebé con deficiencias*. (Harvard Law Review Association, 1984, pág. 2021)

La Corte Suprema del Estado de Washington en relación a los avances en la medicina manifestó que hasta hace poco, la ciencia médica era incapaz de predecir el nacimiento de un niño con defectos. Sin embargo, hoy, es posible predecir la ocurrencia de los defectos atribuibles a desórdenes genéticos. Por esto, los padres en la actualidad podrán determinar antes de concebir un niño, la posibilidad de que éste sufra un desorden genético (...) posterior al nacimiento, las nuevas técnicas de diagnóstico como la amniocentesis y la ecografía morfológica pueden revelar defectos en el *nasciturus* (...) así los padres estarán en condiciones de impedir el nacimiento de un niños con defectos, al interrumpir el embarazo. (Donovan, 1984, pág. 68)

La Corte concluyó que las acciones de *wrongful birth* son un *lógico y necesario desarrollo en el Derecho de daños para proteger los derechos constitucionales de los padres*. (Harvard Law Review Association, 1984, pág. 2022)

Ahora, mientras que en el derecho anglosajón se trataba el tema ampliamente y con varios importantes precedentes jurisprudenciales, en el derecho continental el tema se tocó tardíamente, el seis de junio de 1997, el Tribunal Supremo admitió una demanda interpuesta por una mujer que había tenido un hijo con síndrome de Down debido al fallo en el diagnóstico y en las pruebas médicas prescritas (amniocentesis)⁴ ya que su embarazo tenía la condición de alto riesgo, además del fallo en el deber de notificar oportunamente a la madre sobre la mencionada enfermedad mental que padecía el feto, en razón a esta notificación tardía, no pudo tomar la decisión de interrumpir el embarazo a tiempo, ya que fue notificada después de que había vencido el plazo que otorgaba la ley para practicarse el aborto, lo que perjudicó a la accionante.

El tribunal Supremo Español se refirió por primera vez en la historia del derecho continental a un nacimiento como un hecho dañoso, manifestó que podría haberse evitado, debido a la disposición que tenía la madre de interrumpir el embarazo.

Si la madre hubiese tenido conocimiento con suficiente tiempo, dentro del límite de tiempo legal, habría actuado amparada por el Tribunal Constitucional y se hubiere prestado la asistencia médica necesaria para efectuar la interrupción del embarazo, pero esto no ocurrió debido al actuar negligente de la doctora. Por lo anterior surge un perjuicio, materializado como el nacimiento de un niño que padece el síndrome de Down. El tribunal manifestó que este perjuicio no es de tipo patrimonial y que debe valorarse teniendo en cuenta aspectos como el impacto psicológico de tener un hijo discapacitado y que se prevé que nunca será independiente y que puede alcanzar edades

⁴ La amniocentesis es un procedimiento que se utiliza para obtener una pequeña muestra del líquido amniótico que rodea al feto durante el embarazo.

avanzadas. Además de los gastos económicos derivados del cuidado de la enfermedad y de la atención fija y permanente que requiere el hijo, lo que implica un carácter asalariado.

El tribunal califica el daño, como la pérdida de oportunidad que tuvo la accionante para practicarse el aborto, la tasación del daño será determinada por el menoscabo o detrimento de los intereses que se precisan para llevar a cabo determinado proyecto de vida teniendo en cuenta las condiciones que cada enfermedad trae consigo.

Posteriormente, el 4 de febrero de 1999, El Tribunal Supremo Español cambió su postura y rechazó un recurso de casación interpuesto por los padres de una menor que nació con malformaciones y defectos físicos. Los padres alegaban que la ginecóloga había practicado las ecografías y exámenes correspondientes y diagnosticó un falso negativo, al decirle a la madre que el feto se encontraba en perfectas condiciones, información que impidió a la madre tomar la decisión de ejercer su derecho al aborto.

El Tribunal, frente al daño, argumentó que no puede considerarse el nacimiento 'per se' como un daño, que en este caso el daño es la vulneración al derecho a la autonomía de la madre, frente a su derecho a abortar y que el hecho de nacer con defectos o deformidades no puede argumentarse como un hecho dañoso, fuente de perjuicios.

Sobre el nexo causal, el Tribunal señaló:

(...) es una simple hipótesis decir que en caso de ser informada la madre gestante, habría tomado la difícil decisión de interrumpir el embarazo. (...) no se ha demostrado la relación de causa a efecto entre la actuación médica y el hecho del nacimiento de una niña tan tristemente afectada por malformaciones y deformidades. (Tribunal Supremo Español, 1997)

El mismo Tribunal, en sentencia de Junio 7 de 2002, reafirmó su tendencia en lo referente al nexo causal: no se puede establecer un nexo causal directo entre la falla en el deber de información de existencia de evidencia médica sobre la salud del feto, y la violación a la autonomía, ya que la decisión de terminar el embarazo está basada en meras conjeturas. (Tribunal Supremo Español, 2002)

Para concluir el análisis de la evolución de la acción de *wrongful birth* en el derecho español, como precedente en el derecho continental, la sentencia del Tribunal Supremo del 14 de marzo de 2013, donde se condena a indemnizar perjuicios al médico accionado por su negligencia en el servicio y, para lo que nos atañe, menciona en su sentencia, acerca del daño, como los efectos de la privación de abortar se relacionan con los padecimientos y sufrimiento moral de tener una hija afectada por un mal irremediable además del daño patrimonial que implica la necesidad de responder por los gastos especiales que resultan de la enfermedad.

En este caso el juzgador decreta como nexo causal la negligencia en los deberes de diagnóstico e información y la violación a la autonomía de la madre gestante, sin embargo, toma como perjuicios morales el daño psicológico que produce el conocer que un hijo nacerá con enfermedades y malformaciones y el perjuicio patrimonial que significa el sostenimiento y cuidado de una persona en condiciones de enfermedad y discapacidad y el lucro cesante que sufrirá la accionante.

Es de notar, que en la acción de *wrongful birth*, la única persona que cuenta con la legitimación para interponerla es la madre, toda vez que la misma se ha visto perjudicada en lo referente a sus derechos como consecuencia del actuar negligente del profesional de la salud en el

diagnóstico prenatal, viendo vulnerada su autonomía frente a la interrupción del embarazo, dañando su dignidad y autodeterminación. (Soria Pérez, 2016, pág. 27)

Se entiende entonces que el derecho al aborto es personal, intransferible y exclusivo de la mujer, por lo que el padre, hermanos o demás personas que convivan con el menor enfermo no se encuentran legitimados para ejercer la acción, ya que el daño moral que puede reclamarse es la privación de la oportunidad de ejercer el derecho al aborto, este daño no puede ser reclamado por el padre, ya que esto no es de su competencia.

Es decir, lo que se protege con esta acción es la mujer, pudiendo interponerse las demandas conjuntamente por los dos progenitores, sin que el padre tenga nada sobre que pronunciarse, esto es denominado reclamación del daño de rebote o “*par ricochet*” (Macía Morillo, 2005), la cual fue definida por la doctora en derecho Aurelia María Coloma como *una demanda que se funda, no en el parentesco, si no en el grado de incidencia que pueda tener la enfermedad en la esfera personal y patrimonial de un tercero que conviva con el menor enfermo* (Romero Coloma, 2010, pág. 2569).

Sin embargo, existen posturas alternativas, como la señalada por el autor Julio César Galán Cortés, quien manifiesta que *un daño moral directo se produce por la falta de preparación psicológica por parte de la madre, para lidiar con el nacimiento de un hijo con malformaciones, cuyo nacimiento se derivó de la privación de la potestad de interrumpir el aborto de la madre* (Galán Cortés, 2011), para referirse al derecho que le asiste a personas diferentes a la madre, de ver resarcidos los perjuicios sufridos, siempre y cuando logren demostrar el daño moral con justificaciones diferentes a las que esbozó la madre frente a la violación de su derecho a la autonomía y al aborto.

Esto, frente a los daños morales, pues en lo que respecta a los perjuicios patrimoniales, el padre se encuentra legitimado para reclamar una indemnización por los gastos que se deriven de la enfermedad y el padecimiento del hijo, motivo por el cual su patrimonio económico sufre un menoscabo.

En América Latina, la aplicación de la acción de *wrongful birth* no ha tenido mayor desarrollo, debido a que para que la misma prospere debe darse dentro de un ordenamiento jurídico donde se haya legalizado el aborto previamente, pues la acción parte del presupuesto del derecho que tiene la mujer a la autonomía procreativa y a ejercer la interrupción voluntaria de su embarazo. En los países sudamericanos, la cultura tradicional arraigada y enraizada con las doctrinas de la religión católica y de la Iglesia, la cual prohíbe y condena el aborto en todas sus formas, motivo por el cual los estados han penado el aborto, encontrándose atrasados jurídicamente con respecto de la mayoría del mundo civilizado, permitiendo la interrupción del embarazo únicamente en casos excepcionales en Chile, Argentina, Ecuador, Perú y Brasil. En la región hay otras naciones que han despenalizado el aborto y donde es permitido, como Cuba, que lo legalizó desde hace más de 50 años; En México y Uruguay, se encuentra despenalizado hasta las primeras 12 semanas de gestación.

En Colombia, no existe una definición concreta del concepto del daño, el ordenamiento jurídico lo menciona en varias ocasiones, especialmente en el código civil, donde el artículo 2341, acerca de la responsabilidad civil extracontractual, provee la noción más cercana a lo que le incumbe a la responsabilidad médica, cuando determina como requisito para la existencia de la responsabilidad en el ámbito extracontractual, la existencia de un daño, sin embargo no define en qué radica, cómo identificarlo o cómo debe darse éste.

Es por esto, que el daño ha sido definido en el ordenamiento jurídico de Colombia por la doctrina y la jurisprudencia. Los autores doctrinantes colombianos que han llegado a una definición palpable y concreta del daño fueron Juan Carlos Henao, quien lo determinó como “*la aminoración patrimonial sufrida por la víctima*” (Henao, 2007, pág. 84) y Javier Tamayo, a quien me permito parafrasear a continuación para definir el daño como *la disminución de potestades jurídicas de las que gozan las personas para hacer uso y goce de un bien patrimonial o extra patrimonial* (Tamayo, 2007, pág. 326) .

De las definiciones anteriores, es posible vislumbrar, que el daño es la acción que tiene un resultado negativo en la esfera de un individuo y que lo afecta en sus derechos y patrimonio, tanto de carácter económico como intangible.

El vacío en la definición de daño existente en la normatividad, hace fácil que en Colombia, la definición de daño contenga un número indefinido de acciones y acontecimientos, lo que permite clasificar la falla en el diagnóstico y/o en la información por parte del profesional de la salud, como un daño a la autonomía reproductiva de la madre gestante, materializado en forma de la pérdida de la oportunidad de impedir el nacimiento de un bebe enfermo y, de esa forma también se evita incurrir en gastos económicos necesarios para su especial cuidado y los perjuicios morales, psíquicos y de salud que conlleva ese desgaste innecesario.

Para acercarnos al tema en concreto, el código penal colombiano tipifica el aborto en su artículo 122 bajo la categoría de delito, la ley colombiana tipifica el aborto como un delito: “*La mujer que causare su aborto o permitiere que otro se lo cause, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses*” (Senado de la República, 2000), esto fue un impedimento para las posibilidades de prosperar de cualquier reclamación basada en el concepto de *wrongful birth* en el país, que se ceñía a la tendencia reinante en Sur América, donde los países altamente

influenciados por la moral y creencias de la iglesia católica y de cultura conservadora, prohibían y penaban el aborto en todos los casos.

La sentencia C-355 de 2006 de la Corte Constitucional, es el punto de partida que abre la puerta para el inicio del corto camino que ha recorrido la noción de la acción de *wrongful birth* en Colombia, donde, es puntual aclarar desde los mismos inicios de este análisis histórico y evolutivo, que en Colombia, ni la Constitución Política ni la normatividad mencionan en ninguno de sus acápites la posibilidad de interponer una acción por *wrongful birth*, por lo que esta figura podría reclamarse en el ordenamiento jurídico colombiano únicamente mediante una demanda por indemnización de perjuicios a través de la jurisdicción civil o una acción de reparación directa en el ámbito administrativo, en los casos en los que la falla en el servicio médico ocurre en una entidad de carácter público.

Retomando, la sentencia C-355 de 2006, es el génesis del camino del *wrongful birth* en Colombia, puesto que: 1) Confiere a la mujer colombiana la libertad de ejercer, sin coacción alguna, su autonomía reproductiva, siendo esta reconocida como parte de los derechos humanos y de los derechos fundamentales; 2) Limita los alcances del legislador en la esfera penal, prevaleciendo los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, para ello, establece literalmente:

No se incurre en delito de aborto, cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o

transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández, 2006, pág. 185);

3) Se garantiza el derecho a la información de las mujeres, en lo referente a sus derechos sexuales y reproductivos y cómo ejercerlos íntegramente; 4) Establece que los servicios para llevar a cabo la IVE⁵ deben estar disponibles en todo el territorio nacional; 5) Se garantiza el derecho a la confidencialidad para las mujeres que decidan ejercer su derecho a practicarse una IVE; 6) Determina que las mujeres tienen el derecho a estar libres de cualquier tipo de discriminación por motivo de ejercer la práctica de su derecho a interrumpir el embarazo; 7) Estipula que los departamentos y municipios tienen la obligación de contar con la disponibilidad óptima de los servicios necesarios para practicar las interrupciones voluntarias de embarazo en condiciones de calidad y salubridad; 8) Decreta que ninguna entidad puede negarse a practicar una IVE, en los casos en los que la madre gestante se encuentre inmersa en una de las circunstancias de despenalización del aborto contempladas en la sentencia; 9) Prohíbe el requerimiento de exigencias u obstáculos adicionales a los requisitos estipulados en la sentencia , para llevar a cabo el cumplimiento de la realización del procedimiento de IVE. No se aceptarán como causales para la negativa a practicar el aborto la descalificación de conceptos médicos válidos previamente otorgados, la manifestación de objeción de conciencia institucional está prohibida, ni se aceptará el argumento de no disponer del servicio de IVE.

Son claras las razones por las cuales la sentencia citada es considerada el punto de partida para el ejercicio de la noción de *wrongful birth* y del hecho del nacimiento como daño resarcible en Colombia, sin embargo, es evidente que su desarrollo ha sido mínimo en el ordenamiento jurídico debido a su corto tiempo de existencia.

⁵ IVE: Interrupción voluntaria del embarazo

No obstante, la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la materia no se ha quedado estancada, hubo pronunciamientos, de los cuales, *los más destacables dentro de la evolución del tema y su direccionamiento son:* i) *La sentencia T-636 de 2007* (Humberto Antonio Sierra Porto., 2007), que reafirma y ratifica *el derecho a la protección de la salud sexual y reproductiva de la mujer, como parte del respeto al derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad;* ii) *En las sentencias T-209 de 2008* (Clara Inés Vargas Hernández, 2009) y *T-946 de 2008* (Jaime Córdoba Triviño, 2007),

La Corte Constitucional condenó al operador del servicio de salud y a los médicos responsables del caso que fueron negligentes, a indemnizar a una menor por los perjuicios causados, por la violación de sus derechos fundamentales al negarle la práctica del aborto teniendo como resultado el nacimiento de un menor indeseado; iii) *La sentencia T-388 de 2009.* (Humberto Antonio Sierra Porto, 2009)

Estipula las obligaciones de respeto y de garantía y establece las conductas que se prohíben, con el fin de poner fin a las barreras para acceder a la práctica del derecho al aborto, y que toda mujer tiene el derecho a recibir a través del sistema de salud, *información sobre el contenido de la sentencia C-355 de 2006;* iv) *La providencia T-841 de 2011* (Humberto Antonio Sierra Porto, 2011), que establece la IVE como un derecho fundamental y desarrolla su alcance a modo de causal de protección dentro del derecho a la salud; v) El fallo T-301 de 2016, determinó que la IVE legalmente permitida, comprende tanto la práctica del procedimiento médico, como los mecanismos de información, prevención, acceso y disposición real y efectiva del servicio por parte de la entidad prestadora del servicio de salud.

Los problemas y circunstancias culturales y coyunturales del país, hacen que el cumplimiento de lo dispuesto por la jurisprudencia de la Corte Constitucional no se dé a cabalidad, puesto que nos encontramos en un país donde gran parte de su población carece de una educación integral y competitiva, lo que deriva en la falta de conocimiento de sus derechos, obstáculo que impide su ejercicio y defensa o reclamación. De igual manera, el arraigo cultural, moral y religioso al que se encuentran sujetos gran mayoría de médicos y directivos de centros prestadores del servicio de salud, aunado al desconocimiento de la jurisprudencia, producen actuaciones u omisiones con resultados que vulneran los derechos de la madre gestante.

A este factor, debemos aunarle la crisis de valores que sufren muchos de los directivos y funcionarios de instituciones médicas, quienes mediante artimañas ilegales y corruptas obstaculizan la realización de los procedimientos requeridos o dilatan injustificadamente el proceso para la aprobación y práctica de dichos procedimientos, con fines lucrativos y económicos, vulnerando los derechos de los pacientes, en este caso, las mujeres en estado de embarazo.

Un último factor relevante en cuanto a la dificultad para poner en práctica lo dispuesto por la evolución jurisprudencial colombiana abordada en este artículo, y por ende a la aplicación de la figura de *wrongful birth*, es el aspecto económico, pues en un sistema de salud en crisis por carencia de recursos, los costos de la prestación del servicio de salud se elevarían exponencialmente, desde el punto de vista de la obligación de brindar un diagnóstico y control prenatal acertados y oportunos a toda la población y visto desde las obligaciones impuestas por la jurisprudencia a los entes prestadores de salud, de contar con disponibilidad del servicio de IVE y de prestar efectivamente este servicio, en las condiciones necesarias de calidad, salubridad, técnica y experticia óptimas que garanticen la seguridad en la realización del procedimiento y disminuyan el riesgo de muerte o complicación de la paciente en circunstancias normales.

En la actualidad, se encuentra en debate en las altas Cortes colombianas el límite al número de semanas con las que las mujeres gestantes pueden ejercer su derecho a interrumpir voluntariamente su embarazo, bajo las causales contempladas en la sentencia C-355 de 2006. Esto, dado que no es posible utilizar criterios retroactivos que impidan a la mujer ejercer su derecho, ya que no se pueden desconocer las demoras y dilaciones sin justificación por parte de las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras del servicio, ni la falta de divulgación y promoción de la información acerca de los derechos de las mujeres gestantes y su ejercicio, ni las dificultades para acceder al servicio médico que padece la población colombiana en general. El hecho de poner un límite al número de semanas, desmejora las condiciones y limita sobremanera las oportunidades que tiene la mujer para ejercer su derecho.

Las condiciones generadas por la evolución jurisprudencial han allanado el camino para la aplicación de *wrongful birth* como concepto de daño en el ordenamiento jurídico colombiano, pues la regulación, incluso vía jurisprudencial, de los requisitos circunstanciales de la despenalización del aborto; el deber que debe cumplir el médico de suministrar a sus pacientes información de forma acertada y oportuna sobre sus diagnósticos y los posibles tratamientos a seguir; la obligación del Estado de proporcionar información a la población general sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, así como la de promocionar y publicitar esta información; sumados a los avances tecnológicos en materia médica y especialmente en lo referente a cuidado prenatal, abren la puerta a las mujeres para que conozcan su embarazo en todas sus etapas y tomen decisiones libremente sobre el destino de este, siempre y cuando se acoja a lo previsto en la jurisprudencia. Colombia, al ser un país subdesarrollado, aquejado por los males de la corrupción y la ilegitimidad generalizada en todos los ámbitos de la sociedad, es altamente probable que se violen los derechos de mujeres embarazadas que posteriormente den a luz a un hijo enfermo y/o

con malformaciones, todas ellas estarían legitimadas para reclamar indemnización de perjuicios basándose en la figura de *wrongful life*.

Conclusiones

- *Wrongful birth* es una acción en el derecho consuetudinario, un concepto o figura en el derecho continental, que persigue la indemnización por los perjuicios que se causen tras el nacimiento de un hijo con malformaciones y/o enfermedades y cuyo nacimiento pudo haber sido evitado.
- La acción de *wrongful birth* nació en el derecho del *common law*, en los Estados Unidos de América, por primera vez fue tratada por el derecho continental en España y su desarrollo en Latinoamérica es poco debido a la fuerte política anti-aborto que ha dominado la región.
- En los países de América Latina donde se han implementado políticas de despenalización del aborto en casos excepcionales, se ha abierto la posibilidad de invocar *wrongful birth*.
- En Colombia, *wrongful birth* no tiene la posibilidad constitucional de ser invocado como una acción, sin embargo, puede citarse como fundamento de derecho para solicitar la indemnización de un perjuicio.

Referencias Bibliográficas

- Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia T-209/2008, M.P (Corte Constitucional de Colombia 2009).
- Crocker. (2000). *The future of scientific communication in pathology*. EEUU: J. Clin Pathol.
- Donovan, P. (. (1984). Wrongful birth and Wrongful conception: The legal and moral issues. *Family Planning Perspectives* , XVI, (2), pag. 65.

Dr. Theimer, Was under a duty to make reasonable disclosure of that diagnosis, and risk of the proposed treatment in continuing the pregnancy, as would have been made by a reasonable medical practitioner under the circumstances (Sentencia de la Corte Suprema de Texas 19 de febrero de 1975).

Dworkin, R. (1993). *El dominio de la vida*. (Barcelona: Editorial Ariel.

Emaldi Ciri3n, A. (2001). La responsabilidad jur3dica derivada de diagn3sticos gen3ticos err3neos. *Diario La Ley*, (5) 1602 - 1612.

Etica medica. (2017). *Definici3n eEtica medica*. Recuperado el 10 de febrero de 2019, de www.eticamedica.com: www.eticamedica.com

Evidence-Based Medicine Working Group. (1992). *Evidence-based medicine: a new approach to teaching the practice of medicine*. Valencia: JAMA.

Gal3n Cort3s, J. C. (2011). *Responsabilidad civil m3dica*,. Pamplona.: Editorial Aranzadi.

Gleitman v. Cosgrove, The economic burden related solely to the physical defects of the child is a different matter which is free from the above objection (Sentencia de la Corte Suprema de Texas 19 de febrero de 1975).

Gleitman v. Cosgrove, It is impossible for us to justify a policy which at once deprives the parents of information by which they could elect to terminate the pregnancy likely to produce a child with defective body (Sentencia de la Corte Suprema de Texas, 19 de febrero de 1975).

Harvard Law Review Association. (1984). *El fallo Haberson vs. Parke-Devis*. Boston: Harvard Law Review Association.

Harvard Law Review Association. (1984). *Wrongful birth actions: The case against legislative curtailment*. Boston: Harvard.

- Henao, J. C. (2007). *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho Colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-388/2009. M.P (Corte Constitucional de Colombia 2009).
- Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-841/2011. M.P (Corte Constitucional de Colombia 2011).
- Humberto Antonio Sierra Porto., Sentencia T-636/2007. M.P (Corte Constitucional de Colombia 2007).
- Jaime Araujo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C-355/2006, M.P (Corte Constitucional de Colombia 2006).
- Jaime Córdoba Triviño, Sentencia T-636/2007. M.P. (Corte Constitucional de Colombia 2007).
- Macía Morillo, A. (2005). *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*. Valencia: Tirant monografías, págs. 80 y 86.
- Macía Morillo, Andrea. (2003). *La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birthy wrongful life)*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- Naciones Unidas. (1946). *Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*. Bogotá: Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Artículo 12*. Bogotá: Naciones Unidas.

Organización Mundial de la Salud . (1948). *Constitución de la Organización Mundial de la Salud de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948*. Bogotá: Organización Mundial de la Salud .

Pacheco Jiménez, M. N. (2012). *El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones de “wrongful birth y wrongful life” en “Retos de la abogacía ante la sociedad global*. Madrid: Editorial Civitas.

Pacheco Jiménez, M. N. (2012). *El abogado y las reclamaciones de responsabilidad por diagnóstico prenatal: acciones de wrongful birth y wrongful life*. Valencia.

Romero Coloma, A. M. (2010). Las acciones de wrongful birth y wrongful life en el Ordenamiento Jurídico español (especial referencia a la responsabilidad civil médica). *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2559-2608.

Roth, R. (2007). Congenital disabilities and the Law”. *Clinics in perinatology*, (34) pp. 263 - 273, pag. 264 y 265.

Senado de la República. (2000). *Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano, Artículo 122*. Bogota: Imprenta Nacional.

Senado de la República de Colombia. (20015). *Ley 1751 de 2015, Artículos 1-3*. . Bogotá: Imporenta Nacional.

Soria Pérez, E. M. (2016). La acción wrongful birth dentro de la responsabilidad civil . *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro* , (59), pag. 27.

Tamayo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil Tomo II*., Bogotá: Editorial Legis.

Tribunal Supremo Español. (1997). *Rol N° 3999/1997, 6 de junio de 1997*. España: Tribunal Supremo Español.

Tribunal Supremo Español. (2002). *Rol N° 4137/2002, 7 de junio de 2002*. España: Tribunal Supremo Español.